

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA NATUREZA JURÍDICA DOS PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rogério Tadeu Romano
Procurador Regional da República

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME COMO TÉCNICA

No Brasil, a Lei nº 9.868/99 veio a disciplinar, com importante abertura procedimental, o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Sabe-se que a decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade assim como na Ação Direta de Inconstitucionalidade se assenta em voto concorde da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo eficácia erga omnes, assim que transitam em julgado.

Com o acórdão que declara ou não a constitucionalidade desencadeia-se efeito vinculante a teor do que dispõe o artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de constitucionalidade, sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99).

Dentro do prazo de 10 (dez) dias, após o trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, no Diário de Justiça, em Seção Especial, a parte dispositiva do acórdão.

O efeito vinculante da decisão dá-lhe rigor de Lei. Na palavra de Manuel M. Cardoso (Relatórios da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus) é uma peculiar força de caráter obrigatório e geral.

Tal dispositivo da Lei nº 9.868/99, na conclusão de Edílson Pereira Nobre Jr. (O Direito Processual Brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores), não envereda pelo vício do excesso de Poder legislativo. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar uma questão de ordem na Reclamação nº 1.880, declarou constitucional o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868, por 8 (oito) votos a 3 (três).

Na análise do texto constitucional pode o Supremo Tribunal Federal interpretar a norma jurídica conforme a Constituição, trazendo a inconstitucionalidade de uma ou algumas possibilidades de interpretação ao contrário da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que limitaria as hipóteses de aplicação do texto sem afetar seu conteúdo.

Na interpretação conforme o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dessas ações (art. 102, I, "a", da Constituição da República Federativa do Brasil) declara constitucional uma Lei com a interpretação que a compatibiliza com a Constituição, pois se eliminam interpretações inconciliáveis com a Constituição, não se contrariando o sentido da norma, mas compatibilizando a norma à Constituição.

Em parecer, na Representação nº 1.305, o ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então membro do Ministério Público Federal, observou que a interpretação conforme o texto constitucional, quando verificada em ação direta, parece implicar conversão de representação por inconstitucionalidade em representação interpretativa, numa exegese congruente e uniforme à Constituição.

Mais que o controle da constitucionalidade da norma jurídica, aplicando-se o princípio da interpretação conforme como meio para tal, a decisão, ao dizer a Constituição (RTJ161, página 409), a interpretação da Lei ou ato normativo federal ou estadual, em caráter definitivo, a todos vincula como norma jurídica (O STF e a interpretação jurídica com eficácia normativa – Arquivo MJ 159/97,25). Bem diz o Ministro Néri da Silveira que opera, aí, o pronunciamento da Alta Corte a mesma força que se reconhece a Lei Interpretativa, após discussão sobre o direito em tese.

Não é, por acaso, como aduz Jorge Miranda (Teoria do Estado e da Constituição, Forense, p.506) que à decisão em estudo se atribui "força obrigatória geral" (art. 202,I, da Constituição Portuguesa). Será reconduzida a coisa julgada formal e material.

Ainda o mestre Jorge Miranda (obra citada, página 238) quando estuda a função jurisdicional observa atos de conteúdo normativo e ali encontra as declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade, lembrando que os assentos, até a pouco tempo, ali poderiam ser incluídos.

Em verdade, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, atos praticados à sombra de lei inconstitucional.

Mesmo o legislador pode, depois da revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional, mas não pode conferir-lhe eficácia retroativa.

Afinal, qual a natureza jurídica desses pronunciamentos da Alta Corte, à luz dos artigos 102, I, "a", da Constituição Federal adotado o procedimento previsto na Lei nº 9.868?

Em Cuba, da leitura do artigo 124 da Constituição cubana, nota-se que o Tribunal Supremo Popular dita normas de cumprimento obrigatório por todos os Tribunais e, sobre a base da experiência destes, emite instruções de caráter obrigatório para estabelecer uma prática judicial uniforme na interpretação e aplicação da lei, sendo de iniludível cumprimento pelos organismos estatais, as entidades econômicas e sociais e os cidadãos (art.126).

Na Itália, art.136 da Constituição peninsular, quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma legal ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão, produzindo a decisão efeitos erga omnes com relação a lide em concreto com eficácia ex nunc.

Não percamos de vista dados históricos que vão desde o Direito Romano ao Direito Lusitano, passando pelo Direito Anglo-Saxônico. Não percamos de vista a validade pragmática na preocupação com a geração de argumentos, justificações que nos devem motivar, a reconhecer a condição de validade implícita numa afirmação ou uma ordem, consoante a fiel avaliação de Robert Alexy (Teoria da Argumentação Jurídica, p. 99).

2. DADOS HISTÓRICOS

2.1. O DIREITO ROMANO

Há autores, como é o caso de Wilson Batalha (Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho, páginas 665/6), que observaram nos pronunciamentos dos pretores (*ius honorarium*) uma norma jurídica.

Bem disse Sérgio Ferraz (O prejulgado Trabalhista em face da Constituição, in 3 Estudos de Direito, RT, página 61/62) que tal atividade não se cuidava de exercício legiferante, por autoridade judiciária, uma vez inexistente na ordem jurídica romana a separação de poderes. No Codex, Livro VII, Título XLV,

Const. 13, negou-se a possibilidade de ser a Lei alterada ou revogada por pronunciamentos de natureza jurisdicional.

Dir-se-ia, como dá informação Max kaser (Direito Privado Romano, Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 53) que a criação do direito pelos juristas e pelos órgãos judiciais para os casos concretos, só em parte, pode basear-se em normas de direito escrito. Dir-se-ia que o intérprete, sobretudo, perante fontes antigas como as XII Tábuas, não deveria cingir-se estritamente ao texto, mas procurar o fim do Direito (a utilitas) e a retidão (aequitas).

Foi, sem dúvida, primorosa a contribuição do pretor, por seus expedientes específicos, na adoção expedida da Jurisdição. Valho-me do *interdictum*, instrumento jurídico que procura satisfazer o autor de forma expedida, com uma proibição ou uma ordem, típico do direito honorário, instrumentos que são a origem da moderna tutela sumária de segurança e das tutelas de urgência de satisfação. Vemos a proteção da posse (*interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessiones*), na proteção do penhor sem posse (*interdictum salvianum*), na locação da habitação para proteger o inquilino, se tiver cumprido suas obrigações, com o *interdictum de migrando*. Os *interdicta uti possidetis, utrubi* (respectivamente na defesa da manutenção da posse de imóveis e móveis) e o *unde vi* (restitutório) servem para preparação do pleito sobre a propriedade (Max Kaser, obra citada, p. 133).

Que se dirá das *actio in factum*, nos casos de reciprocidade de obrigações (compra e venda, locação de serviços), do *interdictum fraudatorium*, remédio de origem penal, na proteção de credores lesados pela insolvência do devedor comum?

Tal atividade, in casu, materialmente legislativa, não se arvorava em uso de poderes legiferantes.

Esse uso pelo Tribunal julgador de poderes legiferantes será visto no Direito Lusitano.

2.2. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA DAS LEIS E ASSENTOS DA CASA DE SUPLICAÇÃO

Em Portugal, existiam os assentos, pronunciamentos emitidos em tese pela Casa de Suplicação, revestidos de obrigatória observância pelo Judiciário, em casos idênticos, até que modificados ou revogados. Além da natural função uniformizadora da jurisprudência, eram fonte mediata do direito, sendo consideradas verdadeiras normas jurídicas com força obrigatória geral e que só podiam

ser revogados pelo Tribunal que as emitiu somente caducando se houvesse modificação da legislação ou se fossem revogados por preceito legislativo posterior (Pires de Lima – Antunes Varela, Código Civil Anotado, cit. V, I, vol. 53).

Os assentos consistiam em proposições de verdadeiras normas jurídicas em sentido material, tal como suscetíveis em sua existência encerrada em 12.12.95, com o Decreto-Lei nº 329 – A. Tais assentos, recentemente, eram submetidos à análise do Tribunal Constitucional de Portugal, que, inclusive, chegou a considerar a inconstitucionalidade do assento de 23.04.87, através de sentença 359, de 09.07.91, uma vez que violou o princípio constitucional da não discriminação dos filhos nascidos fora do matrimônio.

Na feliz síntese de J.J.Gomes Canotilho(Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Livraria Almedina, página 905), os assentos eram normas materiais “recompostas” através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação. É certo, repitamos, os assentos deixaram de ter interesse, pois o Decreto-Lei nº 329 – A, na reforma do Código de Processo Civil, revogou os artigos 763 a 770 daquele diploma normativo reguladores do recurso para o Tribunal Pleno eventualmente conducente ao assento e o art. 4º/2 da mesma norma jurídica que revogou o art. 2º do Código Civil onde se via o assento como fonte de direito. Ocorre que o Tribunal Constitucional de Portugal já havia se pronunciado pela inconstitucionalidade dos assentos (TC 743/96, de 18.09.96).

Aliás, a doutrina em Portugal, Pátria dos assentos, considera que a uniformização da jurisprudência poderá ser obtida através dos recursos de revista, no Brasil, o incidente processual de uniformização da jurisprudência, cujas decisões não possuem força vinculativa genérica dos antigos assentos e estão sujeitos ao princípio da revisibilidade. Os assentos, nos termos do Decreto-Lei 329 – A/95, passaram a ter valor dos acórdãos proferidos nos termos dos artigos 732 – A e 732 – B do Código de Processo Civil revisto.

A fonte dos assentos está à época de Dom Manuel I, que o atribuiu à Casa de Suplicação, no livro I, título V, parágrafo quinto, declarada pelos Decretos de 04.02.1684 e de 20.06.1705 e confirmada pela Lei da Boa Razão (Lei de 18.08.1769).

Posteriormente, o Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, artº 1º, estabeleceu que os assentos tomados pela Casa de Suplicação de Lisboa, têm força de Lei no Império.

Na trilha desse pensamento, aquele Decreto nº 2.684 conferiu, em seu art. 2º, ao Supremo Tribunal de Justiça, competência para tomar assento para inteligência de leis civis, comerciais e criminais, quando a execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações de Juízes de primeira instância.

Certo, que, na República, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais tais assentos, à vista do art. 159 da Constituição de 1891, da Lei nº 221 e do Decreto nº 843, de 1890.

Ensina José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como Fonte do Direito, ed. Revista dos Tribunais, pág. 131), que, já no início da monarquia portuguesa, há o princípio de que a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca, que a exercia mediante a edição de leis interpretativas ou em Relação, quando proferia julgamento presidindo as Sessões da Casa de Suplicação ou da Casa Civil, eventualmente.

Antecedentes dessa ótica são encontrados na Lei das Sete Partidas, compilação de Afonso X, uma se via que a sentença do Rei era considerada precedente judicial com eficácia vinculante para casos análogos.

Nessa linha foi instituída Lei Mental por D. João I.

Dom Manuel I (1494 – 1521) teve a iniciativa de outorgar interpretação autêntica ao próprio Tribunal Superior do reino, mantendo o Monarca, apenas, como de sua competência reservada, a interpretação daquelas dúvidas sobre cujo esclarecimento a Corte estivesse hesitante e levadas pelo respectivo rege-dor.

A interpretação da Lei com eficácia vinculante ex post veio disciplinada pelo Alvará de 10 de dezembro de 1518, recolhido nas Ordenações Manuêlinas.

Hoje, em Portugal, a declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade tem força obrigatória geral (art.281 e 282 da Constituição), prevalecendo sobre a dos restantes Tribunais e quaisquer autoridades (lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, art.2º).

2.3. EXPERIÊNCIA ARGENTINA E MEXICANA.

Na Argentina, encontramos, nos pronunciamentos da Corte Suprema da Justiça, a força normativa genérica e absoluta. Tal competência dada ao órgão jurisdicional foi expressamente fundamentada na Constituição de 1949, dispon-do-se que a interpretação que dê a Corte Maior aos textos legais, nos julgamen-

tos de recursos extraordinários e de cassação será obrigatoriamente observada pelos juízes e tribunais nacionais e provinciais.

No México, estabeleciam os artigos 193 e 194 da Lei do Amparo que a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça, funcionando em Plenário, sobre a interpretação da Constituição, das Leis Federais e dos Tratados celebrados com potências estrangeiras, é obrigatória para todos os órgãos e agentes jurisdicionais, inclusive para ela, tudo à luz do art. 107, inciso XIII, da Constituição Mexicana.

2.4. O *STARE DECISIS*

A doctrine of precedent, ancorada na Supremacia do Parlamento, após a Revolução de 1688, o Bill of Rights, fulcradas nas idéias contratualistas de Locke, é sintetizada, no sistema anglo-saxão, diverso do sistema europeu ancorado na Lei e na divisão de poderes, na aplicação aos novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais com o objetivo de conservar a uniformidade, consistência e certeza, aplicadas a todos os casos, desde que não se afigurem ilógicas, que surgirem.

Tal doutrina foi várias vezes repetida, como nos casos *Beamish v. Beamish* (1861), *Bradford vs. Pickles* (1895), *London Trunways Company v. London Conty Council* (1898), sempre pela Câmara dos Lords.

Nos julgamentos, no âmbito do Common Law, impõe-se a exigência da Corte pela expressa alusão à jurisprudência do Tribunal Superior ou da própria Corte, aproximando-se os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamentos com decisões anteriores proferidas em casos análogos.

A evolução determinada pela dinâmica social orienta exceção à regra do precedente a esse respeito. Fala-se em: a) retrospective overruling (revogação ex tunc do precedente); b) prospective overruling (eficácia ex nunc); c) na revogação preventiva do precedente (anticipatory overruling), face a experiência americana (José Rogério Cruz e Tucci, obra citada, a partir das ilações de Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, p. 56 e 57).

O surgimento do precedente obrigatório ou vinculativo datou na Inglaterra, do século XVII, com relação ao equity (súplica ao rei para eliminar injustiças tributadas ao rigorismo dos Tribunais), passando pelo Common Law, em sentido amplo, na segunda metade do século XIX e início do século XX, assinalada pela solene declaração da Câmara dos Lordes de 1898.

Na organização judiciária inglesa, está no topo a Câmara dos Lords, cujo Comitê de Apelação poderá, excepcionalmente, conhecer do recurso de deci-

são proferida pela Court of Appeal, que opera como segundo grau de jurisdição das sentenças da Crown Court (matéria penal) e da Hight Court of Justice que estão acima das Cortes dos Condados e as Magistratures Courts.

As decisões da Câmara dos Lords são imperativas para todas as jurisdições, salvo para ela própria, porquanto declaração do Lord Chanceler, de 1966, tornou público que, no futuro, aquela poderia afastar-se dos seus pronunciamentos anteriores em razão de Justiça. Já as deliberações da Court of Appeal se impõem para as jurisdições que são inferiores a ela, excetuando-se a si mesma quando se cuida de matéria criminal. As decisões da Hight Court of Justice se aplicam a baixa Justiça.

Tal a situação nas 5 (cinco) ilhas britânicas (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte e do Sul).

O precedente judiciário é o ponto de referência normativo do Common Law que, no caso brasileiro, à luz dos efeitos dados às decisões do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, tem absoluto caráter de fonte primária e não secundária de direito.

Stare decisis (Sérgio Sérulo da Cunha, O efeito vinculante e os poderes do Juiz, São Paulo, ed. Saraiva, pág. 9) é a doutrina segundo a qual, se uma Corte de Justiça estabeleceu um princípio aplicável a uma determinada situação, o aplicará a todos os casos futuros em que os casos forem substancialmente os mesmos. Por fim, precedente é uma decisão judicial considerada como fornecendo um exemplo ou autoridade para um caso posterior idêntico ou similar.

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (stare decisis), de respeitar o precedente judiciário, é correlato básico de um sistema de direito jurisprudencial (René David, Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo, São Paulo, Martins Fontes, pág. 428).

O common law, que adentrou do sistema britânico para o norte-americano, respeitadas as peculiaridades típicas do Estado Federal, e com exceção do Estado da Lousiana, é um sistema aberto diverso dos sistemas de direito da família romano-germânica (do tipo fechado). O casuísmo que reveste o direito inglês, num sistema jurisprudencial, deixa subsistir muitas lacunas que são preenchidas no sufragar do dia a dia com o estabelecimento de regras novas.

2.5. EXEMPLO ALEMÃO

Na Alemanha, além da cassação, localizamos um incidente processual onde se emite um pronunciamento prévio sobre a questão de direito, com vistas

ao acerto da tese, à luz do qual a questão fática concreta há de ser decidida. Tal remédio exaure-se na lide que a suscitou (parágrafos 136 e 137 da Lei de Organização Judiciária de 1877, revista em 1950).

Sob a Lei Fundamental de Bonn, 1949, concebeu-se um tipo de ação, atribuída a um determinado número de entidades para provocar-se o exame da compatibilidade do direito federal ou estadual com a Constituição e, em hipótese negativa, obter-se a declaração de nulidade ou, na hipótese diversa, para obter-se a declaração de validade de dispositivo federal ou estadual, num caráter dúplice observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na AOR 166.

As decisões do Tribunal Constitucional ao declararem constitucionais ou não normas inferiores, em sede de controle abstrato ou concreto, constituem expressão soberana do direito com a qualidade de lei formal (Eric Bulow, Manual de Direito Constitucional).

A Lei de 12.03.1951 dispõe em seu art. 31 que “as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constituídos da União e dos Estados, assim como todos os Tribunais e órgãos da Administração, tendo força de lei, nos casos do art. 6º, incisos 6, 11, 12 e 14”, acrescidas pela Lei de 21.12.1970 com menção à do art. 13, inciso 8 a. Essas cinco hipóteses referem-se a compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição de normas estaduais com normas federais; a pertinência ou não, ao Direito Federal, de regras do Direito Internacional e a divergência na interpretação da Constituição.

3. A NORMA JURÍDICA

Trata-se de ato de caráter geral, abstrato e obrigatório, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva (Miguel Seabra Fagundes, O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, José Konfino Editor, pág. 30).

Os atos normativos revestem as características da generalidade, coatividade. Para Ranelletti, o caráter específico da lei (norma jurídica) é, em sentido material, a novidade. Para ele, assim como Laband, na linha do direito alemão (pré-nazista) o regulamento não é lei substancialmente.

Hodiernamente para Jorge Miranda (obra citada, pág. 249) lei é meio de ação essencial do poder sobre a vida social, promovendo-se, programando, pelas suas prescrições, a vida social, legitimando a política global do Estado, retirando o regulamento do conceito de lei material, lei dotada de generalidade e ato de função política e sujeito à Constituição.

Pela linha de Ranelletti e, hoje, de Jorge Miranda, os regulamentos e as declarações de inconstitucionalidade não são leis materiais. Ocorre que a no-

vidade não é característica básica da norma (lei). São elas: a generalidade, a coercitividade, a abstratividade.

Para Kelsen (Teoria Geral do Direito do Estado, São Paulo, Martins Fontes) a norma jurídica (ato de vontade) é redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (se F é, deve ser C) onde a norma primária diz respeito à sanção. Diversa da norma jurídica são os juízos categóricos (amanhã é sábado...).

Cóssio, para quem são características das normas jurídicas a bilateralidade (ver Del Vecchio com sua alteridade aristotélica), disjunção e sanção, dá tintas novas com seu juízo disjuntivo ao modelo hipotético Kantiano de Kelsen: norma primária do dever (endonorma) e se não cumprida a sanção (perinorma).

O mestre Reale segue essa linha de raciocínio, a partir do seu conceito de bilateralidade atributiva (nota essencial do direito, relação objetiva que assegura aos envolvidos, com ou sem reciprocidade, pretensões ou competências). Sem separar a norma de sua base fático-valorativa, o mestre Reale fala em normas de conduta, assim sintetizadas:

- a) Se F (fato) éC (consequência) deve ser;
- b) Se não C, SP (sanção punitiva) deve ser.

Mas há normas que não traduzem uma formulação hipotética:

- a) A do art. 1.630 do Código Civil quanto ao pátrio poder;
- b) Compete à União Federal, privativamente legislar sobre Direito Penal;
- c) A lei interpretativa ao Ato Adicional à Constituição do Império de 12.8.1834, que dava ao País o modelo de Estado Unitário regional integral;
- d) Brasília é a Capital Federal (Constituição Federal, art. 18, parágrafo primeiro).

Tais normas são de organização (instrumentais) não normas de conduta.

Entre as normas de organização encontraremos as normas interpretativas, na lição do mestre Giorgio Del Vecchio (Lezioni di Filosofia del Diritto, citado por Paulino Ignácio Jacques, Curso de Introdução à Ciência do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, pág. 91) que visam a dar o verdadeiro sentido e alcance as leis preexistentes.

4. A ARGUMENTAÇÃO DOGMÁTICA E O PRECEDENTE

O modelo Kantiano de juízo de ordem prática com os juízos sintéticos, a posteriori, decorrentes da experiência, sem declinar dos juízos universais, transcendentes a priori, tipicamente formal e sem nenhuma preocupação histórica, não se preocupava necessariamente com a geração de argumentos. Seu pensamento gerou para a norma jurídica um juízo prescritivo, imperativo, sem qualquer linha pragmática.

Sua doutrina teve continuadores como Kelsen, cuja noção lhe atribuída de norma fundamental e primeira tem nítida fusão com o transcendental de Kant. É a doutrina de discursos prescritivos de valor não veritativo (verdadeiro ou falso), influenciando a norma, direito, a conduta fruto de modelos não descritivos, mas prescritivos.

Para tal, a lição de Wright (Norma e Acción, Tecnos, 1979, p. 22), com relação aos modais proibir, permitir e obrigar.

Fugia a esse modelo sintático (a relação entre as normas) o modelo semântico da escola do imperativo independente ou autônomo (fato social) que via a norma com relação ao objeto (fato social) de forma realista, despida de qualquer conteúdo valorativo (Escola Escandinava).

O discurso normativo é pragmático, onde se vê a produção de sentido em relação ao contexto, vista a norma, enquanto argumentação dogmática, e seus usuários.

Tem-se na geração de argumentos a pragmática universal (Robert Alexy, Teoria da Argumentação Jurídica, pág. 185) a partir das lições de Habermas (Was ist universal pragmatik, in Sprachpragmatik und philosophie, 1976), numa visão de ação comunicativa porque dinâmica.

A dogmática jurídica não é uma matemática social. Procura modernamente a análise lógica dos conceitos jurídicos, a unificação dessa análise num sistema e aplica resultados, na visão de argumentos, onde todos participem dessa análise discursiva, todos possam transformar essa afirmação num problema, como regras de argumentação lingüística, voltados a um auditório universal (convencimento) em sua totalidade.

Na lúcida e revolucionária visão de Habermas, da Escola de Frankfurt, uma norma é capaz de ser generalizada se suas conseqüências diretas e indiretas para a satisfação das necessidades de "cada um" é aceitável para todos (princípio da generalização), onde se justifica a norma. Justifica-se, aí, tal afirmação.

Vista sob a ótica pragmática, esse discurso de justificação, chega-se a proposições jurídicas, sinônimo de norma jurídica (Larenz, Metodologia do Di-

reito, pág. 242) dotadas de estrutura peculiar de hipótese a que estão ligadas conseqüências.

Isso porque o sistema de direitos não pode ser reduzido a mera leitura moral de direito (Kant), nem numa leitura simplesmente contratualista (Rosseau), pois o direito é um sistema de ação normativamente regulado. Os conflitos de relação não devem ser resolvidos de forma decisionista, mas de acordo com cada caso concreto.

Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais, que decorram como resultado de sua observância geral, sob circunstâncias invariáveis, para os interesses de cada indivíduo, puderem ser aceitos por todos (universalização) na compreensão do que se comunica. É o discurso de justificação quanto a validade das normas jurídicas. Diverso é o discurso de aplicação que diz respeito à adequação das normas válidas ao caso concreto.

Ora, o Supremo Tribunal Federal pode tomar proposições dogmáticas.

Como tal essas proposições se somam num todo coerente com o sistema (o todo normativo) cuja base e condição é a Constituição, num somatório de regras e princípios (proposições normativas de alto nível de generalidade, que se destacam pelo peso, preponderância).

A função da dogmática, e nela do precedente, é estabilizadora, só havendo nova solução com ulterior e forte justificativa fruto de mudanças sociais.

O papel do precedente é de fonte de lei, contribuindo para a certeza jurídica, a ordem social, a proteção da confiança, preservação da igualdade, todos balizados pela condição primeira delas que a Justiça, condição transcendente para a sua atualização histórica (Miguel Reale, Lições Preliminares do Direito, Saraiva, 27ª edição, p. 51).

5. NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE, PRONUNCIAMENTO VINCULANTE DO STF. A CONTRIBUIÇÃO DE HEBERT HART. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Bem delineia José Rogério Cruz e Tucci (obra citada, pág. 275) que a força obrigatória dos precedentes judiciais do STF, assim como para Cortes Europeias, como citado, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais.

Mas precisamos ir mais adiante.

Para tanto, vamos a Hart (Conceito do Direito) que distinguia as normas em secundárias e primárias. Estas se referem à ação ou criam obrigação en-

quanto que as secundárias, parasitas das primárias, são subsidiárias, não se limitam a estabelecer sanções. Podem ser: de reconhecimento, que são as que se destinam a identificar as normas primárias, verificando sua validade; as regras de modificação ou alteração, que regulam o processo de transformação das normas primárias, sua revogação ou ab-rogação; as normas de julgamento, que dizem respeito à aplicação das normas primárias.

Por certo com esse modelo são corrigidos o perfil sancionatório simples do imperativo despsicologizado de Kelsen ou o juízo disjuntivo de Cossio, mas não se permite o aparecimento de normas outras inclusive de caráter estrutural, dentro do que Miguel Reale chama de caráter organizativo. Refiro-me às normas interpretativas, mais que normas secundárias, de organização, de poder.

Kelsen, por certo, via nas decisões dos Tribunais norma jurídica (Teoria Geral do Direito e do Estado, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 389). Aqui se exerce função de anular leis inconstitucionais, criando norma geral que se encontra no mesmo nível das normas criadas pelo Poder Legislativo, sob absoluta licença da Constituição.

Para Kelsen os Tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais, exercendo-na ainda quando sua decisão, em caso concreto, se torna precedente para a decisão de outros similares. Na voz do mestre da Escola de Viena, com essa competência, o Tribunal cria, por meio de uma decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível das normas criadas pelo Poder Legislativo. Na lição do mestre da escola de Viena os Tribunais exercem uma função legislativa quando a sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. O Tribunal com essa competência cria, por meio de sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo. À luz dos ensinamentos de Kelsen percebe-se que a função judiciária consiste na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução de normas individuais assim como a função da Administração.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, "a", da Constituição Federal ao ter eficácia erga omnes e vinculante exerce o papel de norma interpretativa, que esclarece o significado da norma ou ato normativo diante da Constituição, legitimada que foi pelo Poder Constituinte Originário, norma válida, pois todos os possíveis afetados concordam com sua existência em discursos racionais (Habermas, Between facts and norms, capítulo 3, pg. 107), aplicada em cada caso concreto segundo parâmetros de adequação à Constituição.

Em sendo interpretativas as decisões de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade oferecem-se declarativas uma vez que não fazem inovações na ordem jurídica. Nesse ponto é mister que se aponte significativa conclusão de Jorge Miranda (Teoria do Estado e da Constituição, Forense, pág. 504) que vê natureza constitutiva em decisões como, verbi gratia, nas decisões limitativas (de efeitos da decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade) e nas decisões aditivas (quando considerando inconstitucional o entendimento da norma lhe acrescenta um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição, formulando implicitamente uma regra sem apoiar-se, como nas decisões integrativas, diretamente numa regra constitucional). Nas decisões aditivas o Tribunal Constitucional constrói norma não apenas declara (interpreta) o seu enunciado (formulação).

No direito positivo brasileiro vemos da leitura do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, exemplo de decisão limitativa em que o Supremo Tribunal Federal pondera sua decisão, tomando em consideração possíveis consequências.

Ao decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma o Supremo Tribunal Federal edita norma interpretativa, de conteúdo declaratório, que consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição com o fim de obter uma solução, procurando, investigando o direito contido na norma constitucional. Tal é diverso da concretização, técnica própria da metódica normativa concreta, que implica num processo que vai do texto da norma para uma norma concreta de decisão, construção de uma norma jurídica (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Livraria Almedina, pág. 1164).

A norma interpretativa visa a apurar e esclarecer o significado da norma perante a Constituição feita dentro do controle da constitucionalidade da lei. Diverso é o que acontecia, no passado, por conta da representação de interpretação, que tinha por fim a determinação, dentre várias interpretações possíveis e válidas, daquela que melhor condiz com a norma em causa e conduz a resultado análogo ao que chegaria a interpretação autêntica (Gilmar Ferreira Mendes, Controle da Constitucionalidade, 1990, ed. Saraiva, São Paulo, pág. 295). A interpretação conforme nada mais é que um meio para efetivação do controle da constitucionalidade da lei e não exige, ao contrário da representação interpretativa, a justificativa da necessidade da interpretação.

A eficácia erga omnes da decisão judicial é coisa diversa da "força da lei" ou força obrigatória da lei, porque, embora tenha esta eficácia erga omnes,

naquela não há preceito. Quando se fala em eficácia erga omnes de decisão do Supremo Tribunal Federal tem-se em vista ou a sua força declaratória ou o seu elemento declaratório. Apenas a declaração é que pode conter um enunciado de tipo geral e abstrato, semelhante as proposições dogmáticas. Se a essa declaração se confere “efeito vinculante”, ela ganha o mesmo vigor que tem a lei.

É um plus graças a qual se dá um novo instrumento de controle da constitucionalidade a eficácia necessária. Se os demais órgãos do Poder Judiciário nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação (writ constitucional não mero incidente processual) para o Supremo Tribunal Federal (RTJ 157/381-2) a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal expressa um enunciado abstrato passa a ter “força obrigatória de lei”, devendo a Administração observá-la e cumpri-la, impondo o seu cumprimento.

Nas ações declaratórias de constitucionalidade o efeito vinculante é efeito extraprocessual, em razão de que os órgãos judiciais, em ações postas a seu exame, não podem conhecer da alegação de inconstitucionalidade da lei declarada constitucional.

Escrevendo sobre o tema J.J.Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Almedina, pág. 981, aduz que as decisões do Tribunal Constitucional que declararem, de forma abstrata, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, têm força geral. Vinculação geral porque as sentenças do Tribunal Constitucional declarativas de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, em Portugal, vinculam todos os órgãos constitucionais todos os Tribunais e todas as autoridades administrativas. Aduz que força de lei há porque as sentenças têm valor normativo para todas as pessoas físicas ou jurídicas. Ao final, conclui o mestre:

“Note-se que a força de lei neste sentido não significa que as sentenças declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade tenham exatamente a mesma natureza das leis; elas são semelhantes às leis quanto a alguns efeitos, mas não são formalmente actos legislativos nem criam normas jurídicas. Precisamente por isso, não há possibilidade de requerer a declaração de inconstitucionalidade das próprias sentenças nem mesmo o TC pode eliminá-las...”.

Para o mestre de Coimbra força de lei e vinculação geral de uma decisão do TC declarativa de inconstitucionalidade da norma significa, pois, que essa

decisão tem uma “força semelhante” à lei. Força de lei com o escalão de normas ou parâmetro de referência, com valor de normas constitucionais. Uma verdadeira interpretação autêntica da Constituição e com valor de lei constitucional. Dir-se-á, pelo contrário, que interpretação autêntica só poderá ser feita por lei com valor constitucional (lei de revisão). Há força de lei com o valor das normas constitucionais não força de lei com o padrão das normas controladas, sob pena de mitigarmos a própria Justiça Constitucional que tem o Supremo Tribunal Federal em sua magna função. A norma de revisão, por seu turno, apesar de teorias respeitáveis como a de Jorge Miranda (obra citada), que põem em dúvida o caráter absoluto dos limites para tal (teoria da dupla revisão), é lei, integrante do processo legislativo e está circunscrita ao que trouxe o Constituinte Originário. A revisão constitucional, como processo político, é plenamente objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal e sua elaboração não se resume a uma interpretação autêntica cuja realidade até pode se sustentar em Portugal onde é prática o processo de revisão às Constituições (Constituição de 1911, Constituição de 1933 e na atual de 1976, já com algumas revisões). Preocupa-nos, seriamente, a ilação trazida pelo mestre Jorge Miranda (obra citada, página 418) no sentido de que não há limites absolutos. Absoluto deve ser, sim, o respeito de todos os limites, de todas as regras – tanto materiais como formais – enquanto se conservarem em vigor. É a teoria da dupla revisão, que se sintetiza pelo fato de que “uma coisa é remover os princípios que definem a Constituição em sentido material e que se traduzem em limites de revisão, outra coisa é remover ou alterar as disposições específicas do articulado constitucional que explicitam num contexto histórico e determinado alguns desses limites”, pois o que afeta os limites materiais da revisão é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição.

Tais ilações inclusive se fincam em nossa tradição constitucional. Como bem acentua Ronaldo Poletti (Controle da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, página 30, baseado na lição de João Barbalho explicitada no seu Comentários à Constituição Brasileira, 2ª edição) o Poder Judiciário contrabalança a autoridade do Legislativo, do Executivo e dos governos dos Estados, fruto da experiência do sistema americano dos freios e contrapesos, limitações e compensações. A Constituição é o que os juízes dizem que é, sendo os juízes os intérpretes máximos da vontade constitucional (Willoughby).

Dentre outras consequências está em que a decisão judicial de Tribunal subordinado, que dela se afaste está sujeita a revisão pelos remédios cabíveis, entre os quais a ação rescisória, os embargos de devedor (art. 741 do Código de Processo Civil) e até mesmo ação declaratória de inexistência de relação

jurídica (hipótese de nulidade da sentença e não meramente anulabilidade) uma vez desrespeitada a validade do discurso de justificação que valida tal norma.

Na doutrina temos notícia de importante contribuição de João Baptista Machado (Jurisprudência, in Polis, III, 1985, pág. 842 e seguintes, citado por Jorge Miranda, obra citada, pág. 388) ao assimilar as decisões de eficácia geral sobre matérias constitucionais, como as declarações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pronunciadas por tribunais constitucionais ou por outros órgãos jurisdicionais, a atos normativos.

Aliás, Humberto Theodoro Jr. (A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle), com alusão à doutrina de Paulo Otero, sustenta a nulidade da coisa julgada inconstitucional para concluir que a coisa julgada não deve ser empecilho para a invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal e, anoto, em contrariedade à norma interpretativa oriunda do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de ações declaratórias de constitucionalidade e diretas de inconstitucionalidade a bem da justiça que está nessas decisões, onde não se aconselha a radicalização do instituto da coisa julgada.

Data máxima vênia e respeitosamente não concordamos com a posição do mestre Canotilho (obra citada, pág. 985) no sentido de que quando a Constituição estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com o fundamento na lei inconstitucional, de que a declaração de inconstitucionalidade não tem um efeito constitutivo da intangibilidade da coisa julgada uma vez que tais sentenças não são nulas nem revisíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e que a declaração de inconstitucionalidade não impede, sequer, que as sentenças adquiram força de coisa julgada. Ora, não se pode pensar apenas em questão da segurança jurídica. Deve-se pensar num todo de princípios que envolvem a segurança jurídica, a ordem, a igualdade, o respeito a lei, todos vetorizados à condição primeira de todos os demais valores: a justiça. Não se compreenderia como uma decisão com valor de lei constitucional poderia ficar subordinada a decisões a ela subordinadas que se firmam em norma que teve sua nulidade ipso iure reconhecida.

Nesse ponto a ação rescisória é instrumento contra decisões judiciais inconstitucionais (coisa julgada inconstitucional) com arrimo no princípio da isonomia, flexibilizando-se as hipóteses de aplicação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, pois decisão passada em julgado que afronta norma interpretativa editada pelo Supremo Tribunal Federal é rescindível por violação literal à expressa disposição de lei, consolidando-se norma de aplicação ao caso.

Bem situa Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, 2/445) que, quando um Tribunal aplica uma norma que a Corte Constitucional tenha declarado inconstitucional, busca-se remédio nos recursos cabíveis ou em recurso atípico, sendo essa última solução a que vem sendo adotada pelo Tribunal Constitucional português. No caso, a ação rescisória não é recurso, mas ação autônoma de impugnação como entende a maioria da doutrina, a partir de Pontes de Miranda (Tratado da Ação Rescisória, Rio de Janeiro, ed. Forense).

Sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res iudicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade. Coisa julgada inconstitucional é sentença juridicamente impossível. Bem esclarece Candido Rangel Dinamarco (Relativizar a coisa julgada material) que é inconstitucional a leitura clássica da coisa julgada de que ela é algo absoluto, intransponível, pois não se pode fazer “do quadrado o redondo”.

Se a coisa julgada vista sob o enfoque infraconstitucional, como instituto de direito processual é qualidade da sentença e de seus efeitos, como bem disse Liebman (Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada – Rio de Janeiro, Forense) a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir, algo que se manifesta sob a lógica do razoável, pois não se pode manter injustiças para evitar a eternização de incertezas que homenageiam o absurdo e agridem a Constituição e pronunciamentos vinculantes do maior guardião da Constituição.

A idéia da coisa julgada inconstitucional assenta na premissa da harmoniosa convivência da certeza ou da segurança que a coisa julgada prestigia e a justiça e a legitimidade das decisões, zelando que se evite a fraude e infrações à Constituição.

Cabe a nossa Suprema Corte, vendo a Constituição como ordem jurídica fundamental e aberta da sociedade, dar prosseguimento à unidade do Estado e da ordem jurídica, assegurando a liberdade individual e limitando o poder, pois a Constituição é aberta ao tempo (Hesse), pois o arbítrio deve ser afastado, legitimando, diuturnamente, a ordem jurídica dando-se efetividade à Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins econômico e sociais vinculantes.